✠

POR

DON IVAN TEODOMIRO de Cabrera, Patrono del Patronazgo, Memorias, y Obraspias que fundò el Capitan don Sancho Verdugo Barba en la Ciudad de Carmona.

CON

Don Iuan Barba Cauallero de la Orden de Alcantara.



SOBRE

La tenuta del Patronazgo que fundò don Sancho Barba residente en Indias.

A Dos articulos se reduze la justicia de don Iuan Teodomiro: el primero serà excluir el juizio de tenuta: y el segundo, fundar el derecho de don Iuan Teodomiro, conforme a la disposicion del fundador.

ARTICVLO PRIMERO.

2 El primer llamado, y posseedor deste Patronazgo fue don Alonso Barba, Chantre de Malaga, her

mano del fundador, que murio por el año passado de 1629. y entrò a posseer doña Leonor Mendez de Sotomayor su hermana, madre de don Iuan Teodomiro, en virtud de autos judiciales, la qual posseyò quieta y pacificamente hasta el año de 1635. que renunciò en propiedad este patronazgo en don Iuan Teodomiro su hijo, el qual desde entonces ha estado, y oy se halla en la dicha possession.

3 Murio doña Leonor por el mes de Enero del año passado de 643. y por su muerte dentro de los seis meses puso don Iuan Barba la demanda de tenuta.

4 Y en ella haze relaciõ de la fundacion, y dize, que el verdadero sucessor, y posseedor deste patronazgo fue don Alonso Barba primero llamado, en virtud del llamamiento literal de la dicha fundacion, que doña Leonor Mendez de Sotomayor no fue legitima sucessora, porque tiene exclusion euidente, y que todo el tiempo que gozò el patronazgo fue intrusa, concluye pidiendo se declare auerse transferido en el la possession ciuil y natural, por ministerio de la ley de Toro, y sus declaratorias, y que se le dè la actual con frutos.

5 De la misma contextura de la demanda en que se pretende introduzir este remedio, està implicita su exclusion, porque suponiendo por vnico y legitimo sucessor, y posseedor deste patronazgo a don Alonso Barba, y por intrusa, y no posseedora legal a doña Leonor, desde la muerte de don Alonso Barba, hasta que se puso la demanda de tenuta de don Iuan Barba passaron diez y seis años, y todo este tiempo han posseido doña Leonor, y don Iuan Teodomiro su hijo, con que el juizio de tenuta està prescripto por la *l.9. tit.7.lib.5.Recopilat. Molin. lib.3.cap.13. num.56. & 57. Molin. Theolog. de iustitia & iure, disputat.638. n. 5. Paz de tenuta, cap.19 à num.7.*

Pre-

6 Pretende euadir esta dificultad don Iuan Barba, con dezir, que los seis meses corren desde la vacante de la vltima ocupacion, aunque el ocupante no fuesse posseedor legitimo. Y para apoyo desta proposicion se valio su defensor de las palabras de la *l.45. de Toro*, quæ est, *l.8. dict. tit.7. lib.5. Recopilat.* ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession se traspasse la possession ciuil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder en el*, y de la dotrina de *Paz eodem tract. cap.33.*

7 Esta proposicion es contaria absolutamente a la razon, y fundamentos de la ley, y a todos los principios del derecho. Lo vno, porque la palabra, *Tenedor*, en los terminos de la dicha ley, significa lo mismo, que *Posseedor*, asi lo sienten todos los Autores del Reyno, *Matienço in dict. l.8. gloss.2. num.1.* en lugar de la palabra, *Muerto el tenedor*, traslada, *mortuo possessore*, y en la *gloss.3. num.1.* ibi: *Statim mortuo possessore*, y la *l.9.* siguiente lo declarò expressamente hablando del termino de los seis meses, circa finem, ibi: *Y en caso que algun posseedor de mayorazgo falleciere, y el que pretende ser llamado al tal mayorazgo, tomò la possession del, y estuuiere en ella por medio año*, *Paz de tenut. dict. cap.33. num.51. circa finem*, ibi: *Verba ergo legis 45. Tauri, quæ ad vltimum possessorem diriguntur, & capit.35. num.23.* ibi: *Tanquam ab vltimo possessore reguletur*, *Molin. dict. lib.3. capit.13. num.1.* ibi: *Mortuo maioratus possessore*, y en otros infinitos numeros donde vsa del mismo lenguage. Lo otro, porque este posseedor vltimo, para que por su muerte se introduzga el juizio de tenuta, ha de ser legitimo posseedor, y no intruso, ni posseedor injusto, porque este no possee iuste & ciuiliter, & ita vltimus possessor verè nõ dicitur, vt in simile loquitur *Guillelm.*

Benedict.in cap.Reynuntius,verb. *Mortuo itaque testatore,num.72.de testament.*& post *Alexand.Cassan.* & alios resoluit *Mieres de maiorat.3.part.quæst.10. num.2.Paz de tenut.dict.cap.33.num.43.*ibi: *Sequens in gradu dici debet respectu præcedentis,iusti, & legitimi possessoris,quod est verissimum, huic enim immediatè substitui, prætendere debet,& non vltimo intruso possessori, siue detentatori,cum verè vltimus possessor ille sit,qui iustè possedit,*& inferiùs,*n.51.ante fin.*

8 Y es regla assentada en los terminos de sucession de inmediato,a antecessor sucessor, quod de successore ad vltimum possessorem, eadem persona constituitur, per subrogationem sequentis in locum præcedentis,*Molin.dict.lib.3.cap.12.num.22.*ibi: *Vt scilicet maioratus successor,habeatur pro possessore, non aliter, quam defunctus, si viueret, haberetur, Anton. Gomez in l.45.Tauri,num.114. Castill.tom.5.capit. 91.num.20.Pater Molin.disputat.636.num.4. Paz d. cap.33.num.23.& cap.48. per tot.& dict.cap.33. num.* 32.ait,*cum iniustus possessor gradum non fecerit.*

9 Si ergo,dize dō Iuan Barba,que el verdadero vltimo sucessor fue don Alonso Barba,quando dō Iuan fuera su inmediato,la translacion de la possession de la *l.45.de Toro*, la auia de auer introduzido dentro de los seis meses despues de su muerte, y no aguardar a la de doña Leonor, a quien tan repetidamente llama intrusa, y que si lo fuera (como el supone) no le pudiera transferir los derechos que introduze, porque la palabra,*Traspassar*,latinè,*transferre*,importa translacion inmediata del derecho proximo que residia en el antecessor,*l.legatum, l.si adimend. ff. de adim.leg.*pulchrè in terminis *Molin. dict. lib.3.capit. 12.num.22.* post princip. ibi: *Quod etiam de verbo, transfertur ,quo dicta lex Tauri vsa fuit,dici posset, non enim potest dici transferri de vno in aliū,nisi illud quod defunctus habebat.*

Y assi

10 Y afsi vemos, que si intentado el juizio de tenuta por muerte del verdadero posseedor, el siguiente sucessor verdadero, *non apprehensa actuali possessione pendente lite moriatur*, al inmediato sucessor deste, compete el remedio de la *l. 45. de Toro, ex l. si infanti, C. de iur. delib.* resoluunt *Gregor. Lopez in l. 9. tit. 1. part. 2. & in l. 3.* verb. *Mugeres, quæst. 19. tit. 13. part. 6. Molina dict. cap. 12. num. 25. Palac. Rub. Auend. Anton. Gomez,* & alij quos refert, *Paz dict. cap. 35. num. 23.*

11 Sin que aya Autor (absit temeritas) que aya dicho, que por muerte del detentador, o posseedor injusto, sin possession ciuil, competa el remedio de tenuta, y alomenos el defensor contrario (aunque tan gran Letrado) no le propuso al Consejo.

12 Pero viendose conuencido de la razon, y de la opinion comun, quiso valerse de la vacante por muerte de doña Leonor, ex suppositione, que huuiesse sido legitima posseedora, pero impugnando siempre que lo fuesse, como si esta suposicion pudiera calificar el remedio que fijamente se ha de introduzir por muerte de verdadero, y legitimo posseedor. Y puesto que no reconoce esta calidad a doña Leonor en su demanda, antes la impugna, y sola esta impugnacion excluye a don Iuan del mismo remedio q̃ pretende, *cap. ex eo, de regulis iuris, lib. 6. l. quæsitum, ff. de adquirend. hæredit.* & in terminis tenutæ, *Paz d. cap. 33. num. 22. & 23.* ibi: *Postremo suadetur hæc opinio ex eo: nam si quis succedere, non contendit ex translatione possessionis vltimi possessoris, eam continuando, quinimo iniustam, & illegitimam possessionem dicat, ex actu quem impugnat, non poterit commodum cõsequi,* & ibi, *quibus suffragatur argumentum ab absurdo vitando, magnum enim sequeretur, si quis tenutam proponendo, contendat, vltimum possessorem fuisse*

intrusam, & iniustum, & rursus iniuste possedisse illum à quo iste causam habuit, cæterosque prædecessores, & solum in eum translatam fuisse possessionem ab eo, quē ipse iustum possessorem fuisse contendit, & inferiùs, *nu.* 24. ibi: *Quod quidem absonum esset, & contra verba dictæ l.45. quæ de successore, & vltimo possessore eandem personam, & possessionem constituit, &c.*

13 Y assi imputesele a don Iuan Barba la culpa de la introduccion de su demanda, pues huyendo de confessar a doña Leonor por legitima sucessora y posseedora, llamandola intrusa, renunciò el juizio de tenuta que por su muerte pudiera intentar, reconociendola derecho que tan notoriamente fue suyo, como se fundarà en el artic.2. Y queriendo que el vltimo posseedor verdadero y legitimo, por quien se le transfiriò la sucessiõ fuesse don Alonso Barba, corre llanamente la prescripcion de los seis meses, y su demanda se halla fuera de tiempo.

14 Y el dezir aora, que quando doña Leonor fuera verdadera posseedora, le compete el mismo remedio contra don Iuan Barba su hijo, no basta, porque lo auia de dezir por escrito, y reformar la primera demanda en donde lo auia negado, y esta enmienda la auia de auer hecho dentro de los mismos seis meses, *Molin. dict. lib.3. c.13. n.56. & 57. Auend. Paz, Molin. Theolog. relati per addition. ad Molin.* vbi proxime.

15 Ex alio capite no puede auer juizio de tenuta, nempe por auer renunciado doña Leonor el patronazgo el año de y auer ocupado don Iuan Teodomiro la posse sion judicialmente, y estado en ella hasta que murio su madre el año de seiscientos y quarenta y tres, y desde el dia de la renunciacion, hasta la demanda passaron ocho años, con que tambien està fuera de tiempo.

Sin

16 Sin que obsten las palabras de la *l.45.de Toro*, ibi: *Aunque aya otro tomado la possession dellas en vida del tenedor del mayorazgo, ò el muerto, ò el dicho tenedor le aya dado la possession dellas*, porque se entienden in simplici datione possesionis, absque titulo, secus quando virtute tituli apprehenditur, *Molin. dict. cap.13. num. 53. & 54. Paz de Tenut. cap. 28. à num.1.* maximè, *num.28.* vbi concludit, hoc procedere, etiamsi possesio ex titulo inualido translata fuerit, y don Iuan Teodomiro tiene possession titulada, y con titulo valido, y esto basta para impedir el remedio de tenuta.

ARTICVLO SEGVNDO.

17 ¶ Compiten esta sucesion dos que pretenden ser parientes: don Iuan Teodomiro con prouança cierta, y plena de su parentesco, con distincion de grado, sobrino carnal del fundador, y del primero llamado, y hijo de doña Leonor vltima posseedora: y pretendiendo excluirle don Iuan Barba por el mismo titulo de parentesco, le ha de prouar tambien con grado fixo, y con todas las calidades que se requieren por derecho, diuersum, quando vn litigante se opone a la sucesion, como pariente, y otro estraño la pretende por institucion de heredero, suponiendo los bienes libres en el vltimo posseedor: nam isto casu, bastaria prouar el parentesco in genere, para excluir al estraño, vt post *Alex. Ias. Ant. Gabr.* & alios, resoluit *Molin. lib.3. cap.9. nu.21. & 22. Roland. cons.32. n.24. vol. 3. Surd. cons.241. vol.1. & decis.106. num.7.*

18 Las prouanças del parentesco en sucesiones de mayorazgos, no se contentan con la distincion de grados, y necessariamente requieren de legitimidad, quia regulariter, el que no prueua esta calidad, no puede

de introduzirse, sino muestra llamamiento, *l. ex facto, §. si quis rogatus, el 2. ff. ad Trebel. Bart. in l. pronuntiatio, § familiæ, ff. de verbor. signif. num. 1. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 48. & 49.*

19 Articulò don Iuan Barba su descendencia, desde Alonso Barba, a quien quiere dar por su tercer abuelo, y que deste fue nieto don Sancho Barba funda dor, y siendo este Alonso Barba el comun estipite de donde pretende deriuar el parentesco, y por donde deue incluirse, *cap. tua nos, de consanguinit. & affinit.* ibi: *A stipite debent incipere*; no ay testigo que deponga del, ni que diga fuesse abuelo del fundador, ni tercer abuelo de don Iuan Barba, ni de conocimiento, ni de oidas ciertas, y legales.

20 Tampoco ay testigo que deponga de conoci miento de Geronimo Barba, a quien don Iuan llama bisabuelo, sino solo vno, que por singular no haze fee, ni que diga que este fuesse hermano de Sancho Barba padre del fundador: y si bien ay algunos que deponen de oidas deste parentesco del bisabuelo, no son de momento, por ser de oidas, qui regulariter non probant, *l. testium, C. de test. cap. tam literis, cap. licèt ex quadã, eod. tit. l. 28. tit. 16. part. 3.* y si bien in antiquis admittitur testimonium de auditu, ha de ser concurriendo todas las calidades siguientes.

21 La primera, que los testigos que deponen de oidas sean de buena fama, & expectatæ fidei, *dict. cap. licèt ex quadam*, ibi: *Nisi fortè personæ graues extiterint, quibus merito sit fides adhibenda*, vbi *gloss.* & communiter *DD. Fulu. Patian. de probat. lib. 1. cap. 9. num. 40. Marescot. lib. 1. var. resolut. 70. num. 8. ad fin. Gratian. tom. 5. discept. forens. cap. 969. num. 9.* latè *Castil. controu. tom. 6. cap. 122. num. 70.*

22 La segunda, que los Autores que dàn de sus oidas, huuiessen sido fidedignos, ex prædictis iuribus, *l.*

de

20.

20.tit. 9. part. 4. vers. *Que lo oyera à home de mala fama, Afflict. in cap. vnic. num. 31. si de inuestit. inter dom. & vassal. lis oriatur, Domin. Valenç. cons. 90. num. 78. Petra de fideicom. q. 13. num. 62.*

23 Y la calidad de la idoneidad, y buena fama de los testigos, que se requiere por derecho, se ha de articular, y prouar por quien se funda en ella, in terminis *Gregor. Lop. in l. 15. tit. 9. part. 4.* verb. *De bueno, Molin. lib. 2. cap. 6. num. 29. & 30. Auendañ. lib. 1. de exeq. mandat. cap. 2. num. 19.* vers. *Quinto ex eijsdem, Mier, 4. part. quæst. 20. à nu. 29. Bobadil. lib. 5. Politic. cap. 1. num. 224.* & in iudicando, & consulendo ab hac opinione non esse recedendum, resoluit *Menoch. libr. 6. præsumpt. 91. num. 3. & 6.* sin que baste la presumpcion virtual destas calidades, *Valençuel. consil. 92. n. 170. & post Greg. Lop. Molin. Azeu. Cornazan. Ant. Gabr. Menoch. Cæphal. Mascard.* & alios, *Escob. del Corro de purit. & nobilit. prob. 1. p. q. 6. §. 5. num. 103.*

24 Y siendo esta proposicion tan cierta, don Iuan Barba no ha articulado, ni prouado estas calidades.

25 La tercera es, que los testigos digan auerlo oido a muchas personas, nombrandolas por sus propios nombres, *cap. cum in tua*, ibi: *Distinguendo personas, de test.* sin que basten las oidas a personas singulares, *dict. cap. licèt ex quadam, dict. l. 20. tit. 9. part. 4.* ibi: *Ca si dixere lo oyò a vn home solo, è non a mas, non le deuen creer*, resoluunt communiter *Ant. Gabr. tit. de testam. conclus. 3. num. 4. lib. 1. Menoch. de arbit. cas. 475. num. 12. Fulu. Patian. de probat. lib. 1. cap. 9. nu. 37. Valençuel. consil. 60. num. 77. Ioan Garc. de nobilit. gloss. 1. num. 49.* circ. med. *Mascard. conclus. 104. num. 10.*

26 Y don Iuan Barba no ha cumplido con este requisito, porque sus testigos no nombran, ni especifican las personas a quienes oyeron este parentesco, y

los

los que a mas se alargan, es a dezir lo oyeron a sus padres, sin dezir quienes fueron, ni quantos los que lo dezian.

27 La quarta consiste en el tiempo delas oydas, que deuen expressarle los testigos, para que el juez conozca si las personas à quien dizen auerlo oido pudieron alcançar à conocer los grados, y que estas oydas huuiessen sido tambien ante motam litem, *dict. cap. licet ex quadam, dict. l. 20. tit. 9. part. 4.* vbi *Gregor. Lop. gloss. 4. Crau. de antiquit. tem. 1 part. sertione viso de fama, num. 6. Menoch. dict. cas. 475. num. 14.* vers. *Quartò requiritur, Valenç. Castil. Mascard. Dec. Alex. Gratian.* & relati per *Escouar del Corro, dict. 1. part. quæst. 9. §. 4 num. 77.*

28 Tampoco los testigos de don Iuan dizen el tiempo en que oyeron este parentesco, ni si fue ante motam litem, ni que edad tenian las personas de quiē lo oyeron, para ver si pudieron alcançar los grados q̄ se articulan.

29 Y es llano, que faltando a la prouança qualquiera de las calidades dichas, no se la deue dar credito, por tenerse por muy falazes, y sospechosas todas las prouanças de oydas, & faciles ac prosterna à Doctoribus appellantur, vt resoluunt *Crauet.* vbi proximè, *num. 9. Menoch. dict. cas. 475. à num. 7. Farin. de testib. quæst. 69. num. 101.* y deuen concluir per necesse, por ser præter formam, & contra regulas iuris, *dict. c. licèt ex quadam, Hect. Æmilius in tract. de test. de audit. n. 6. & 7. Fatian. dict. cap. 9. num. 13.*

30 Sin que obste el llamado testamento, que despues del termino prouatorio se ha presentado sacado de otro pleyto, por donde quiere verificar don Iuan Barba, que Geronimo Barba a quien quiere dar por bisabuelo, fue hermano de Sancho Barba, padre del fundador. Primò, porque auiendole redarguydo de

fal-

falso ciuilmente don Iuan Teodomiro, no se ha comprouado, ni pedido por don Iuan Barba se compruеue; y esto basta para que no se le dè fee, ni credito, *l. 115.tit.18.part. 3.* a que no se da salida con dezir, que en aquel pleyto de donde se sacò, està calificado, porque en su virtud se libraron de vna execucion los bienes de otro mayorazgo, y que con esta calificacion no necessita oy de nueua comprouacion. Porque se responde, que aquel pleyto fue entre diferentes partes, sin que concurriesse en èl don Iuan Teodomiro, ni otro autor suyo; y assi no le pueden perjudicar los instrumentos, y autos de aquel juyzio; tanquam res inter alios lata, y si alli las partes interessadas quisieron aquietarse a este instrumento, y omitir su redarguycion, no pudieron embaraçar el que en otro juyzio se redarguya: y sin que parezca temeridad, asseguramos que no ay autor que diga, que el instrumento redarguydo haga fee, porque auiendose presentado en otro juyzio con diferente litigante, no le quiso redarguir, y la doctrina de *Abb. Alex. Angel.* y otros que refiere *Couar. in pract. cap. 21. num. 6.* que refirio el defensor de don Iuan Barba, procede in instrumento reperto inter acta iudicis, vbi: *Ex mandato iudicis, eiusq́; authoritate parte ad hoc vocata, fuerit exemplum illud traductum ex originali, verba sunt Couar.* no es este trasumpto sacado del original, de mãdato iudicis, nec cum citatione partis: y assi aunq̃ se hallasse inter acta iudicis, no prueua contra diferente parte.

31 Postremò, ni por este instrumento, ni por los testigos de oidas de don Iuan, se prueuan los matrimonios de los ascendientes que dà, ni dizẽ que dellos procedieron los grados que se describen en el arbol, siendo precissos para prouar la legitimidad los dichos matrimonios, y estos no se presumen, nisi verè, & realiter probentur, *Bart. consil. 42. part. 1. Corn. consil. 68. nu. 13.*

*13.lib.3. Alex.cons.150.num.1.& cons.154.nu.1.vol.5. Cœpol.caut.18. Menoch.lib.3.præsumpt.1.num.1. Gut. de matrim.quæst.40.*per tot.

32 Y quando (sine veri præiudicio) confessemos, que siẽdo los matrimonios antiguos, se pudieran prouar por instrumentos enunciatiuos, hoc intelligitur, respectu contrahentium, sed non in præiudicium tertij, vt post multos sic resoluunt *Stephan Gratian.tom. 3.disceptat.forens.cap.468.num. 42. Mascard. conclus. 622.num.46.* Pero esta question es ociosa, quando en el instrumento presentado, ni en otro alguno del pleyto no se habla dispositiua, ni enunciatiuamente de semejantes matrimonios; con que don Iuan Barba se halla destituydo de prouança del parentesco que pretende.

33 Et procoronide, no obsta el nombramiento de Capellan, que doña Leonor, siendo posseedora deste patronazgo, hizo en don Alonso Barba, hermano de don Iuan Barba, diziendo era pariente del fundador por linea recta de varon, porque siendo este acto voluntario, y declaracion espontanea, nunca pudo perjudicar a los demas sucessores; que no consintieron semejante acto, *l. quoties ab omnibus, C.de fidei commis.* vbi *Bart. Bald. Ias. Fulgos. & Corn. Molin.lib. 1.cap.8.à num.26. Vincent. Fusar. de substit.quæst.560. num.28. Rosent.de feud.cap.89.num.1.vol.2.*

En lo principal.

34 ¶ Las reglas asisten a don Iuan Teodomiro, porque se halla hijo de doña Leonor Barba vltima posseedora, sobrino de don Alonso Barba primero llamado, y de don Sancho Barba, fundador de mejor linea, y grado que don Iuan Barba (quando su parẽtesco fuera cierto) *c. 1. de natur.succes.feud.l.2.tit. 15. part.2.*

Re-

35 Reconocese por don Iuan Teodomiro la sujecion que estas reglas tienen a la voluntad del fundador, pero don Iuan Barba es preciso que reconozca, que esta voluntad ha de ser clara y euidente, porque en caso claro en fauor de la linea, o dudoso, siempre han de vencer las reglas, maximè en los juizios possessorios, *capit.1.§.inter filiam, si de feud. content. sit inter dom. & agn. vassall. in apud filiam possessionem interim esse colocandam, Molin.lib.3.capit.4. numer.41.*

36 Dize don Iuan Barba, que el se halla en el tercer caso de la exclusion clara y literal de doña Leonor Mendez de Sotomayor, y don Iuan Teodomiro su hijo, por las palabras de la clausula vltima que se dio impressa, donde auiendo llamado el fundador a la sucesion deste patronazgo a don Alonso Barba su hermano, dize: *Y despues de sus dias lo sea el pariente mas cercano por via recta de varon*, con que supone por cierta la exclusion de doña Leonor por ser hembra: nam ad inclusionem masculorum, inducitur exclusio fœminarum, *l.1.C.de adulter. Molin. lib.3 c. 5.num.30. Peregrin.de fideicommiss.artic.25.num.11. & consil.16.num.2. volum.1.* Y porque en las palabras, *por via recta de varon*, no se comprehende la hembra por la resistencia del sexo, *Paul. de Castro in l.maritus, num.5.C.de procurat. Molin. lib.1.cap.6. num.38. & lib.3.cap.5.num.69.* Y porque en la misma disposicion en que fundò el patronazgo la dexò vn legado de quatro mil reales por clausula separada, cō que dize don Iuan Barba la quiso excluir de la sucession del patronazgo, y motiuar el intento de la agnacion, ex adductis à *Fusar. de subst. quæst.499. num.21.* Y que quando en doña Leonor fuera controuertida esta question por auer sido agnata, descendiente por linea recta de varon, en don Iuan Teodomiro no lo

puede ser,porque aunque es varon, desciende per lineam fœmeninam,*ex Bald.in l.Gallus,§. nunc de lege,ff.de liber. & posthum. Peregrin. consil.50. num.1. lib.3.*

37 Estas son en sustancia las razones a que se reduzen los fundamentos de la exclusion de doña Leonor,y su hijo,no porque la tengan literal, y expressa en la disposicion,sino porque don Iuan Barba la quiere induzir por conjeturas y argumentos. Y si bien atẽto iure communi reconocemos,que el intento de la agnacion,y exclusion de las hembras,y sus descendiẽtes puede percibirse por conjeturas,*l.licet Imperator,* vbi *Bart.ff.de legat.1.l.quidam testamento,ff.de vulg. Molin.dict.lib.3.cap.4.num.39.& 40.& capit.5.per totum.*

38 Iure vero Regio,en este patronazgo fundado el año de 625.despues de la Prematica del año de 615.quæ est,*l.13.tit.7.lib.5.Recopilat.*no se admite semejante exclusion por conjeturas, ni argumentos por mas claros y euidentes que sean, subdit lex,ibi: *Si no es que el fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expressandolo clara y literalmente, sin que basten para ello presunciones, argumentos, o conjeturas, por precisas,claras, y euidentes que sean,* no dixo don Sancho Barba,que no sucediesse su hermana, no la excluyò clara y literalmente, ni a sus hijos y descendientes varones, no tomò en la boca palabra alguna de agnacion, ni puso la clausula, *Cupiens agnationem meam conseruare*, que sirue de expresion clara del intento de la agnacion, in exclusionem fœminarum, *Molin.dict.lib.3.cap.5.num.1.* Y por donde quiere induzirla don Iuan Barba, es por los argumentos y conjeturas referidos, que quando fueran los mas claros, precisos y concluyentes del mundo, estañ reprouados por la *l.13.*y solo con dezir, *expressan-*

ſandolo clara y literalmente, quando no paſſara a excluir las conjeturas, y argumentos de la excluſion, fuera viſto auerlos excluido, porque no ſe compadece lo literal, con lo conjeturado, ni lo expreſſo, con lo ſubintelecto, ita en terminos de eſtatuto, que diſpone, ſe entiendan las diſpoſiciones ad literam, que no ſe incluyan, ni excluyan los que no vienen por el ſentido literal, ſino por el interpretatiuo, o conjeturado de la diſpoſicion, exemplo appellatione filij venit nepos in diſpoſitione perpetua, & ſucceſsiua, *l. iuſta interpretatione, cum ſimil. ff. de verbor. ſignificat.* fallit quando vocatis filijs adijcitur clauſula quod ad literam diſpoſitio intelligatur, *Alexand. conſil. 198. num. 16. & 17. lib. 6. & conſil. 45. num. 5. lib. 7. Menoch. conſil. 215. à num. 15. & conſil. 347. num. 3. & lib. 4. præſumptio. 94. num. 15. Beroyo conſil. 105. num. 9. lib. 2. Simon de Præt. de interpretat. vltim. volunt. fol. 326. n. 3. Fuſar. quæſt. 321. num. 81. & 82.* & contra *Ruſtic.* ab hac opinione non eſſe recedendum, reſoluit *num. 83. ad fin.*

39 Y no negaràn los Abogados contrarios, que en eſta diſpoſicion no ay excluſiõ literal de doña Leonor, y ſu hijo, por las palabras y formalidad de la ley, ibi: *Sino es que el fundador las excluyere, y mandare que no ſucedan, expreſſandolo, &c.* y que a lo ſumo podran fundar, que por argumentos claros, y conjeturas euidentes ſe funda eſta excluſion, y deſpues que ayan prouado eſto, no ſerà de prouecho por reprouar lo expreſſamente la miſma ley, ibi: *Por preciſas, claras, y euidentes que ſean,* con que don Iuan Teodomiro no neceſsitaua de otro fundamento para excluir à don Iuan Barba, maxime en juizio de tenuta tan fauorable a las reglas ordinarias.

40 Pero a mayor abundamiento ſe fundarà la incluſiõ de doña Leonor, y ſu hijo, y la excluſion de don Iuan Barba, etiã que eſtuuieramos en diſpoſicion anterior a la ley del Reyno.

In-

41 La question es, si en el llamamiento de pariente por linea derecha de varon, se comprehende doña Leonor, hermana del fundador, y del vltimo posseedor, y todos hijos de Sancho Barba, ac perconsequens, descendiente desta linea de varones, y que se comprehenda, probant gloss. verb. *Nam etsi circa finem in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liberis & posthum.* ibi: *Is qui faciet testamentum, ita dicat, omnis virilis sexus, qui ei suus hæres futurus est, hæres esto; & tunc neptis ex filio videtur instituta, l. lege duodecim tabullarum, C. de legit. hæredit. circa medium,* ibi: *Sancimus omnes legitimas personas, idest per virilem sexum descendentes, siue masculini, siue fœminini generis sint, l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hæredit. §. cæterum, instit. de legit. agnat. success.* resoluunt *Bald. & Ias. in dict. §. nūc de lege, Paul. de Castro consil. 91. lib. 2. Pinel in l. 3. C. de bon. matern. nu. 29. & ex Dec. Cephal. Socin.* & *aliјs* defendit *Menoch. consil. 318. num. 6.* corrigiendo su misma opinion en el *consil. 205. Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 11. num. 9. Peregrin. consil. 50. lib. 1. num. 1. Ceuall. commun. contra commun. quæst. 541. num. fin. Castillo lib. 2. controu. cap. 2. per totum, & lib. 5. capit. 91. num. 82. & 83. Mier. 2. part. quæst. 6. num. 370. & q. 7. n. 45. Franc. Molin. de pact. nupt. lib. 3. quæst. 24. num. 193. & 194. Velazq. de Auend. in l. 40. Tauri, glos. 9. num. 58. & 59.* pulchrè *Anton. Fabr. de error. pragm. lib. 2. Decad. 28. errore 10. à num. 12. Fusar.* plures referens, *quæst. 346. num. 34.* y por esta opinion se pudieran llenar colunas enteras de Autores.

42 *Paul. de Castr.* referido por la opinion contraria *in l. maritus, C. de procurator.* sibi contrarius in *consil. 91. lib. 2.* y *Molin. lib. 1. capit. 6. num. 38.* hablan quando demas del llamamiento de pariēte por linea

recta;

recta,huuo concepto de cõseruar agnaciõ,vt cõsiderat ipse *Molin.lib.3.c.5.n.69.*ibi: *Duodecima cõclusio, quod si in primogeniorũ successione (vbi agnationis cõseruandæ ratio adiecta est) vocentur descendentes per lineam masculinam, fœmina quæ à masculis descendit, non censebitur sub ea vocatione comprehensa,*y que en este lugar se corrigiesse, o interpretasse el señor *Molina* de lo que auia dicho en el *lib.1. capit.6. num 38.* agnoscunt, *Auend.in dict.l.40.Taur. gloss.9. num.64.* ibi: *Tamen quãdo constiterit primogenij institutorem voluisse agnationem conseruare,omnino tenendam credo,cum & tunc masculinitatis qualitas perpetuam successionis maioratus naturam accipiens, in perpetuum repetita censeatur, vt supra latius exposuimus, & ex vocatione descendentium per lineam, vel ex linea masculina, fœminæ omnes videantur exclusæ, vt Molina se ipsum explicans resoluit lib.3.cap.5.num.69. ita intelligens quod scripserat in dict. lib.1.c.6.num.38. Mieres 2.part.quæst.6.num.55.Castill.dict. capit.91. num. 84.*ibi: *Vt scilicet in vocatione descendentium per lineam masculinam,ipsa comprehendatur quoties de conseruatione agnationis institutor non egit.*

43 Deste concepto de agnacion no se rastrea fundamento alguno en toda la clausula,porque no le expressò el fundador,per verba, *Cupiens agnationem meam conseruare,*ex *Molin.dict.capit.5.num.1.* cum alijs,solamente llamò al pariente mas propinquo por linea recta de varon,sin añadir al llamamiento de *pariente mas propinquo,*la calidad de *varon*,vt notarũt *Menoch.consil.205.num.29.Peregrin. artic.26. num. 29.* & post *Bald.in dict.§.nunc de lege Veleya. Peregr. consil.5.num.10.lib.5.Molin.dict. capit.5. num.69.* ad *fin.*ibi: *Vel quando semper agnati masculi vocantur,* & ex *Socin.*& alijs,*Castill.dict.cap.91.num.84.Mier.*

*dict.quæst.6.num.380.ad fin.*ibi: *Quando testator ad fideicommissum vocauit, masculos descendentes eo, quia descendentium appellatione veniunt descendentes in infinitum masculi*, & expressius pluribus relatis *Fusar. dict.quæst.346.num.32.*ibi: *Primò si vocauit masculos per lineam masculinam descendentes*, y no auiendo cōcepto de agnacion expresso, quando le huuiera tacito, y de conjeturas euidentes, la ley le excluye.

44 Pero tampoco nos hallamos en este caso, porque conforme a la comun, y mas verdadera opinion, solo el llamamiento de pariente por linea de varon, no califica la agnacion, antes admite a la hembra que procede della, y teniēdo admission qualquiera hembra, queda destruido el concepto, *Molin. dict. lib3.cap.5.num.50.Surd.cons.316.n.3.Fusar.q.499.Ioseph.Ram.* (pro Duce de Cardona) *cons 100. à n.406.* Y quando el llamamiento fue singular, sin extenderse ad plures gradus substitutionum, aun quando fuera de varonia, no persuadiera la agnacion, *Molin.d.cap. 5.num.55.* maximè no auiendo puesto las dicciones, *Semper vel in infinitum masculi, vel semper descendentes per lineam masculinam*, que siruieran de regla exclusiua de las hembras, *Molin.*vbi proximè, *num. 62.& 65.Lara de vit.homin.cap.30.à num.78.Fusar. quæst.403.num.37.& 346.num.44.* Pero querer induzi agnacion solamente con vn llamamiento singular de pariente por linea masculina, abstraydo de otras calidades, es contra todas las reglas, luego doña Leonor legitima sucessora fue deste patronazgo.

45 Tampoco obsta dezir, que por auer dexado el fundador a doña Leonor vn legado de quatro mil reales por vna vez, fue visto excluirla de la sucessión, ex traditis per *Fusar.q.402.n.7.*porque esta regla procede quando concurren llamamientos continuados de varones, con exclusion de hembras, y a estas se las

dan,

dan, y señalan dotes en remuneracion de su exclusion, *Tiber. Decian. cons. 31. num. 85. lib. 1.* ibi: *Quia masculis semper fœminis prætulit quas voluit dotare certa summa, Menoch. cons. 327. n. 68. Simon de Præt. consil. 110. n. 32. & 33. lib. 1. & de interpret. vlt. vol. fol. 287. n. 4.* vers. *Tacita, & post Corn. Dec. Socin. Iun. & Mantic.* sentit *Fusar. q. 499. n. 21.* ibi: *Quod si fœminis exclusis dos sit constituta, colligitur magis dispositionem esse factam fauore agnationis.* Pero querer, que porque vn hermano hizo vinculo en vn hermano, y a su hermana vn legado tan corto como de quatro mil reales por vna vez, se presuma exclusa, no lo dizen los Autores, y el caso en que se praticarà su opinion, es quando expressamente fuera exclusa por algun varon remoto, señalandola algun legado, in casu exclusionis, no quando el fundador no la excluyò: y lo q̃ mas se puede dezir es, q̃ no la llamò cõ prelacion al Chantre su hermano, y desta accion no se puede percibir cõcepto de agnacion, pues el no llamarla fue propter masculum proximiorem, con que esta oposicion es fuera de proposito.

Derecho de don Iuan Teodomiro.

46 Continuase en don Iuan Teodomiro la sucesion deste patronazgo, despues de la renunciacion que su madre hizo en el, y como su hijo, y de su linea, y don Iuan Barba como estraño, porque no prueua el parentesco, o prouandole, como transversal no puede excluir a don Iuan Teodomiro, fundandose en las palabras de la clausula, *El pariente mas cercano por via derecha de varon*, porque estas no son exclusiuas de doña Leonor, como queda fundado.

47 Y porque si bien en llamamiento de descendientes per virilem sexum, vel per lineam virilem, regularmente no se comprehẽdan los varones de hembra, ex *Bald. Cras. Menoch. Mantic.* y otros, refert

Fu-

*Fusar.d q 346.n.34.*hoc intelligitur en competencia de otros varones de varones descendientes del funda dor, pero no quando son transversales, y de linea obli qua, ita singulariter aduertunt *Ruin.consil.149.nu.4. lib.2. & ex Gozad.Cephal.& Menoch.*idem *Fusar.d. q.346.n.39.*versic.*Sed tamen hoc casu.*

48 Imò en los terminos mas precisos, qnãdo el llamamiento es de pariente por linea de varon, con concepto de agnacion, los varones de linea transversal no excluyen las reglas de la sucessiõn ordinaria, ni el concepto de la agnacion se estiende a los varones transversales, ita singulariter *Fab.Turret. cons.23. n. 26.lib.2.* donde auiendo propuesto la misma questiõ, subdit, *responderunt fauorem agnationis, non extendi vltra lineam directam, Pontan. de fideicommiss. capit. 23. num.39.Cephal. consil.616. num.46. & 47.volum. 5.Gasp.Guill. in Apolog.feud. cap.21. num.38. Alex. Raudens. consil.26.num.15. & 16. volum.1. Salaz. de vs & consuet.cap. 12.num.61.* vbi ait, *in maioratu in quo per testatorem creditur considerata agnatio, quæ per fœminas non conseruatur, plus consideratur directio lineæ, quam propinquitas in gradu, & masculinitas, Simon de Præt.consil.32.volum.1. Iacob. de Nigr. de gradib.consanguin.cap.3.num.32.* Y quando no se añade, que los varones que han de excluir a las hembras, y sus descendientes se entiendan de qualquier linea, se han de entender precisamẽte de los de la misma linea donde entroncò la sucessiõn, post *Bald. Afflict.& Couarru.*resoluunt *Auend.in l.40.Taur.glos. 9.num.34.Molin.lib.3 cap.5.num.71.*

49 Quod procedit en los terminos simples de llamamiẽto de pariẽte por linea masculina, en el qual es proposiciõ cierta, q̃ el varon de linea transversal no se admite à fortiori, quãdo el llamamiẽto es de pariẽte por *linea recta* de varon, nã tunc (etiam en el caso de

auer

auer concepto de agnacion) no es posible comprehenderse el que viene por linea obliqua, y tan transversal, como don Iuan Barba, *Turret. Pontan. Guillerm. Raud. Salaz. Iacob. de Nigr.* locis relatis; *Cæph. dict. consil. 616. num. 46. & 47.* ibi: *Quarto, vt fœminæ ipse reÿciantur, opportet extare masculos per lineam rectam descendentes in infinitum, quouis decretum repetit.*

50 La question serâ, como se han de entender las palabras de *linea recta*, porque don Iuan Barba quiere entenderlas en sentido tan absoluto, que con calificar, que es varon de varon por linea recta de varon (aunque transversal) le parece ha conseguido los efectos del llamamiento, sin atender a la distincion de las lineas, contentiua, ò efectiua; en la primera, es cierto se comprehenden todos los descendientes à communi stipite, para que en ellos se verifiquen los derechos de sangre, per *l. Iurisconsultus, §. si inferioribus, ff. de grad. Caualcan. decis. 31. num. 10. lib. 4. Mier. 2. part. quæst. 7. à num. 11. Burg. de Paz. consil. 26. num. 40.* Pero quando se trata de sucesion perpetua, linea recta no se dize la contentiua, sino la efectiua, y de substancia donde entroncò la sucesion, *Mench. de succes. creatur. §. 27. num. 20.* pulchrè in terminis *Cæphal. d. cons. 616. num. 47. volum. 5.* ibi: *Ego intelligo de masculis descendentibus illius, de cuius successione agitur, nec res aliter intelligi potest, vt etiam de proximitate, dixit Socin. in l. si cognatis, ff. de reb. dub. sed nullus hic extitit masculus descendens ab Otauio, de cuius successione, ac hæreditate agitur, ergo istæ fœminæ non sunt per decretum exclusæ, Gald. Pereyr. cons. 15. num. 17.*

51 No niegan los defensores contrarios, que la sucesion deste patronazgo se ha de regular por las reglas de los mayorazgos, cõ que es preciso reconocer, que la linea de que hablò el fundador, ha de ser la efe-

ctiua, y de sustancia donde entroncò la sucessiõ: si ergo, despues de don Alonso Barba primer llamado, tiene llamamiento, y substitucion el pariente de linea recta masculina, no es possible que se admita el que viene por la transversal, inflexa, y obliqua, porque le falta la calidad de descendiente por linea recta, & quando exponitur factum, cum qualitate, nihil prodest, quod illud fiat, nisi qualitas formaliter obseruetur, *l. Fulcinius, §. cum hoc ædictum, ff. quib. ex caus. in poss. l. Prætor, §. docere, ff. vi bon. rapt. l. 1. §. quod autem, ff. ne quid in flum. public. l. & si forte, ff. de castrens. pecul. Tiraquel. de retract. linag. §. 8. glos. 7. num. 1. & 2. Albert. Brun. de statut. exclud. fœmin. 6. art. princip. num. 321.*

52 Y en tanto es cierta esta proposicion, que siẽpre que se haze mencion de lina recta, no es possible admitir a quien no se incluyere en la de la sucession, aunque el fundador huuiera llamado los descendientes de la suya, *Molin. lib. 3. cap. 9. à nu. 11. Lara de Aniuers. lib. 2. cap. 2. num. 7. Peregrin. articul. 20. num. 2. Gamm. decis. 7. & 206. Milan. decis. 8. num. 201. part. 1. Rot. Abenion. decis. 8. Alex. Raud. cons. 14. lib. 1.*

53 Et miramur, que quãdo para induzir concepto de agnacion, es necessario llamamiento continuado de varones en grados diuersos, y multiplicados, quiera don Iuan Barba calificarle por el que solamente se hizo en vn grado, y este equiuoco, y apto para cõprehender varon, y hembra agnata, siendo cierto, que aun el llamamiento claro de varon, reduzido a vna sola substitucion, no califica el intento de la agnacion, *Peregrin. consil. 30. num. 23. lib. 3. & consil. 30. num. 4. lib. 4. & art 25. nu. 27.* vers. *Quo circa, Mantic. de coniectur. lib. 6. tit. 5. num. 5. & 6. Barz. decis. Bonon. 11. n. 10.* vers. *Quia tanquam*, & ex *Curt. Socin. Paris. Menoch.* & alijs *Fusar. d. q. 499. num. 2. & n. 17.*

54 Y si doña Leonor se admite en el llamamiento

to de parienta por linea recta de varon, con su introducion se cumplio rigurosamente con la voluntad del fundador, y aunque no quedasse extinguida la causa de la sucesion por la naturaleza perpetua del patronazgo, pero no serà forçoso extender a los demas llamamientos subintelectos, la calidad de la masculinidad, porque no es necessaria para la perpetuydad, ni digna de admitir in correctionem iuris communis, *Molina lib.3.cap.5.num.56.*vers.*Sed quamvis tot viri, & num.* 53.& melius, *lib.1.cap.6.num.26. Peregrin. artic. 25. num.33.Gamm.decis.354.*vers.*Alterum, & num. 8. & 9.*vers.*Cum igitur, Cæphal.cons.710.num.13. & 14.lib. 5.*latè *Fusar. quæst.403.num.4. & 6. cum sequentibus, Surd.consil.403.num.18. & 21. Menoch.cons.200.num. 14.lib.2.Castil.tom.2.cap.4. & tom. 6. cap.117.à num. 30.* Y solo se limita esta regla, quando ay concepto euidẽte de conseruar agnacion, ex prædictis authoribus, y como và fundado, no le ay expresso (como se requeria por la *l.13.tit.7.lib.5.Rec.*) ni conjeturado por faltar todos los requisitos, de quibus iam diximus.

55 Y porque si en el llamamiento de pariẽte por linea recta masculina, se comprehẽdio doña Leonor, no ay euidencia mas precisa para la exclusion de la agnacion, que la introducion de qualquier hembra en la sucesion, *Molin.lib.3.cap.5. num. 50. Surd.cons.316. num.3.Fusar. quæst. 499.num. 22.* vbi refert pro hac opinione al señor *Molin. Alex. Dec. Paris. Menoch. Petr. Mantic. Simon de Præt. Farinac.* y otros, y en el *num.24.* dize, que no ay mas contraria disposicion a la agnacion, que el llamamiento de descendiente por linea masculina.

56 Sin que obste dezir, que no puede auer descendiente varon del primer llamado, porque fue Clerigo, y transversal: nam respondetur, que esso es lo q̃ le està mejor a don Iuan Teodomiro, y no tener varon de la

linea de sustancia que le excluya: y assi puesto que los de la contentiua, y trãsversal, no tienen llamamiento, como caso omitido quedò en la disposicion del derecho comun, *l. commodissimè, ff. de lib. & posthum.* y por èl es llána la continuacion de dõ Alonso en doña Leonor su hermana, y della en don Iuan Teodomiro su hijo, *dict. cap. 1. de natur. succes. feud. l. 2. tit. 15. part. 2.* Y puesto que no ay exclusion expressa, y literal, ni conjeturada, quando huuiera esta segunda, no bastara en patronazgo fundado, despues del año de 615. con que en qualquier juyzio possessorio, y de propiedad deue vencer don Iuan Teodomiro, à fortiori en el de tenuta, ò declarando no auer lugar por no se auer intentado en tiempo, ò determinandola en fauor de don Iuan Teodomiro. Salua D. V. D. C.

El Licenciad. don Gaspar de Sobremonte Villalouos.

De casa de Carlos Sanchez.